

AÇÕES AFIRMATIVAS FRENTE A PARTICULARES

Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima

Juíza do Trabalho Substituta do TRT da 15ª Região.

Mestranda no Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino de Bauru - SP

(área de concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos).

Os grandes inovadores éticos não foram homens e mulheres que soubessem mais que os outros; foram homens e mulheres cujos desejos eram mais impessoais e de maior âmbito que os homens e mulheres comuns. A maioria dos homens e mulheres deseja sua própria felicidade; considerável percentagem deseja a felicidade de seus filhos; poucos desejam a felicidade da nação, e apenas alguns desejam a felicidade de toda a humanidade.

Bertrand Russel¹

1. INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é uma sociedade plural, em todos os aspectos: social, econômico, de origem, cultural, político e jurídico. A concepção de direito e democracia vem sofrendo uma evolução constante, principalmente nos últimos 50 anos, a partir do pós-guerra.

¹ RUSSEL, Bertrand, apud PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p.17-18.

Detentora de um dos modelos mais apreciados de democracia, Atenas não considerava em seu regime político a vontade dos escravos, dos metecos² e das mulheres, que eram excluídos do rol dos cidadãos. Os escravos só passaram a ser considerados como integrantes do povo, nos Estados Unidos da América, por interesse dos Estados sulistas, quando o critério adotado para fixação do número de representantes de cada Estado na Câmara Federal foi o da população de cada Estado. Dessa forma, a democracia originária, concebida como governo do povo e distribuição eqüitativa do poder, paradoxalmente, excluía determinados grupos sociais.

Interessante notar que os estrangeiros residentes no Brasil, embora detentores dos direitos fundamentais, não têm qualquer representatividade (art. 14, §2º da CB), nem sequer a nível local (municipal) se não forem naturalizados. O art. 12, II, da CB exige, para a naturalização, a residência no país há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, à exceção dos originários de países de língua portuguesa, dos quais se exige a residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral. Considerando como povo a totalidade dos atingidos pelas normas de uma determinada localidade, a Comunidade Européia assegura aos estrangeiros o direito de votarem nas eleições do município em que residem.

A análise do conceito de povo nos leva ao conceito de minorias, bem como ao de exclusão social. Buscando soluções para o problema da exclusão social abordaremos o tema da implementação do princípio da igualdade, nas suas formas de combate à discriminação e da promoção da igualdade jurídica material. Como instrumento de promoção da igualdade, adentraremos no tema das ações afirmativas, dando-se ênfase à implantação de políticas afirmativas em face de particulares, bem como o confronto destas com o princípio da autonomia da vontade.

As ações afirmativas cumprem a finalidade pública de assegurar a diversidade e a pluralidade na sociedade contemporânea.

2. POVO E DEMOCRACIA

POVO, do latim *populus* (grande número de homens), é indicativo de uma porção de homens ou um grande número de pessoas, sem referência ao aspecto político ou jurídico, em que se apresentem:

Juridicamente, povo designa a totalidade de pessoas, que habita um território dado, já se apresentando como elemento formador de uma nacionalidade. É assim a população de um território ou a massa de indivíduos que compõem um Estado. (...). Embora povo,

2 Segundo o *Dicionário Aurélio*: Meteco - "Designação que se dava ao estrangeiro domiciliado em Atenas. "O censo de Demétrio de Falera dá a Atenas 20.000 cidadãos, 10.000 metecos e 400.000 escravos" (Oliveira Martins, Quadro das Instituições Primitivas, p. 309)."

*como vocábulo jurídico, não se confunde com a palavra nação, que significa este mesmo povo vinculado por um interesse comum e subjugado por uma firma consciência de sua nacionalidade, representa o elemento fundamental do Estado, que nele se apóia, pois que todo poder político, que exerce, em princípio, promana dele e em nome dele é exercido.*³

Na história da humanidade, a palavra povo, embora juridicamente devesse corresponder à totalidade de pessoas habitantes de um determinado território, somente parte dessas pessoas era representada politicamente.

O homem sempre se organizou em sociedade e esta sempre foi subdividida em classes ou estamentos, criando-se distinções entre os homens por motivo de origem, etnia, economia e forma de atividade laboral (física ou mental), sendo que antigamente o labor nem era digno de valor, sendo relegado aos escravos, tratados como “coisas” - objeto de propriedade.

A não-consideração dos escravos como integrantes do povo é bem demonstrada por Fabio Konder Comparato ao mencionar o discurso de Charles Pinckney, representante da Carolina do Sul, por ocasião da discussão da criação do Senado nos Estados Unidos da América, segundo o qual, o povo norte-americano dividia-se em três classes: “os profissionais liberais (‘que, devido às suas atividades, devem sempre ter um grande peso no Governo, enquanto este permanecer popular’), os comerciantes e os proprietários rurais. ‘Estas três classes’, concluiu, ‘embora distintas quanto às suas atividades, são individualmente iguais na escala política, podendo ser facilmente provado que elas têm um só interesse’.”⁴

O mesmo autor relata que nos Estados Unidos da América, os escravos somente passaram a ser considerados membros do “povo” por interesse dos sulistas, quando o critério adotado para fixação do número de representantes de cada Estado na Câmara Federal foi o da população de cada Estado. Ainda assim, a representatividade dos escravos era apenas formal.

Na sociedade francesa do final do século XVIII, o termo povo tinha conotação diversa, compreendendo apenas os operários e os lavradores, ou seja, o “estamento geral da nação”, oposto ao estamento dos grandes personagens e dos nobres. Para fugir da ambigüidade do termo povo, do art. 3º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão constou: “O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação. Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente”. Após a queda da monarquia, a nova Declaração dos Di-

3 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, vol III, p.407-408.

4 COMPARATO, Fábio Konder in prefácio à 3ª ed. “Quem é o Povo?”, MÜLLER, Friedrich, São Paulo: Editora Max Limonad, 2003. Trad. Peter Naumann, p.16-17.

reitos do Homem e do Cidadão apresentou-se como sendo feita diretamente em nome do “povo francês”, e não de seus representantes.

Friedrich Müller salienta a pluralidade do conceito de povo. Uma coisa é a totalidade do povo, como centro de imputação das decisões coletivas. Outra coisa é a fração dominante do povo, cuja vontade efetivamente predomina nas eleições, referendos e plebiscitos. Essa fração dominante do povo é formalmente majoritária. Indaga-se quem é, concretamente, a maioria votante que se pronuncia em nome do povo.⁵

Müller ressalta que só se pode falar em “povo ativo” (totalidade dos atingidos pelas normas de um Estado) quando são respeitados os direitos fundamentais individuais e políticos. Aponta, ainda, as causas que legitimam a democracia em conformidade com o Estado do Direito: procurando dotar a possível minoria dos cidadãos ativos de competências de decisão e de sancionamento claramente definidas; em segundo lugar, a legitimidade ocorre pelo modo, mediante o qual todos, o “povo inteiro”, a população, a totalidade dos atingidos são tratados por tais decisões e seu modo de implementação.⁶

Aristóteles distingue os regimes políticos, em função da titularidade do poder supremo em: monarquia, aristocracia e *politéia* – quando o poder político é exercido em benefício da comunidade como um todo; tirania, oligarquia e democracia – quando a finalidade perseguida pelos governantes é a sua vantagem particular. Assim, na sua visão, oligarquia é o governo dos ricos e democracia o governo dos pobres.

Para o aperfeiçoamento democrático, não basta a atribuição de maiores poderes decisórios ao povo, através da ampliação do uso obrigatório de referendos e consultas populares. É preciso quebrar o monopólio dos meios de comunicação de massa em mãos da minoria dominante, bem como instruir o povo para que tenha consciência e discernimento no exercício de seus direitos políticos, não se deixando manipular pelos detentores do poder (soberanos do mercado).

Rousseau distingue a vontade geral – que só diz respeito ao interesse comum, da vontade de todos – que se refere ao interesse privado, sendo apenas a soma de vontades particulares.

Não se pode permitir que a maioria do povo “esmague democraticamente” a minoria, em nome do interesse nacional, nem que a minoria, se detentora do poder de controle social, se utilize periodicamente do voto majoritário popular para legitimar todas as exclusões sociais, em nome da democracia. Não existe soberania inocente:

Voltamos, assim, à velha distinção aristotélica entre a democracia pura e simples – em que a maioria do povo exerce o poder supremo no seu próprio interesse – e o regime político moderado, a de-

5 Ibid., p.20-21.

6 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* São Paulo: Editora Max Limonad, 2003. Trad. Peter Naumann, p.77.

mocracia justa, em que o bem comum predomina sobre todos os interesses particulares. Ora, o bem comum, hoje, tem um nome: são os direitos humanos, cujo fundamento é, justamente, a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum condição de pessoas.

(...)

... nem por isso se pode dar por resolvido o dilema de se reconhecer a efetiva vigência dos direitos humanos, fora do positivismo estatal e do jusnaturalismo abstrato.⁷

Agostinho Ramalho Marques Neto⁸, em sua palestra no 12º Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, fez uma crítica ao neo-liberalismo – processo de ruptura do liberalismo clássico, que caminha para a perda de direitos sociais, uma vez que o neo-liberalismo, na sua visão capitalista, ataca o modelo do bem-estar social, taxando-o de oneroso, afastando-se da lógica do social.

O liberalismo clássico afirma a igualdade, ainda que formal, estando comprometido com aspectos da afirmação da democracia e cidadania. O neo-liberalismo prega a desigualdade, dizendo que a competição é saudável, em busca da eficiência, implicando no desmonte do Estado, na desestatização, prevalecendo a lei do mais forte, havendo necessidade de adaptação à realidade.

Na visão de Marques Neto, o neo-liberalismo traz, como consequências, numa visão macropolítica, a migração da soberania do Estado para a soberania do Mercado. Numa visão micropolítica, o enaltecimento do consumidor, ao invés do cidadão, por si só.

As garantias do mercado estão substituindo as garantias jurídicas, razão pela qual é preciso mudar o modelo do mercado para que não seja tão perverso, o que é possível com a aplicação do princípio ético da dignidade da pessoa humana, no combate à discriminação e para a promoção da inclusão social.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais, expressão utilizada pelos doutrinadores alemães, Direitos do Homem ou Direitos Humanos, assim denominados pelos autores anglo-americanos e latinos⁹, têm por finalidade, segundo Hesse¹⁰, criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana.

⁷ Ibid.

⁸ Psicanalista; Professor nas áreas de Filosofia do Direito e Filosofia Política e Vice-Diretor Geral da Faculdade São Luís – Maranhão.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.560.

¹⁰ HESSE, Konrad, “Grundrechte”, in *Staatslexikon*, v.2., apud Paulo Bonavides, ob. cit., p. 560.

Os direitos humanos tiveram sua origem no cristianismo, no iluminismo - que influenciou a Revolução Francesa - e na doutrina social, em oposição ao Estado liberal.

Foi no Iluminismo que teve origem a construção do conceito moderno de direitos do homem. A teoria do contrato social, defendidas em várias versões por Locke, Kant e Rousseau, tinha por finalidade conter o poder absoluto das monarquias, delineando-se outra forma de legitimação do poder estatal.

A teoria de Jean Jacques Rousseau exaltava a sabedoria das maiorias, enfatizando a importância da democracia e da soberania popular. Para ele, entendimento compartilhado por Hobbes, através do contrato social, os indivíduos alienavam toda sua liberdade para um corpo social ao qual todos pertenciam, prevalecendo a vontade das maiorias. Locke, por sua vez, preocupava-se com a proteção dos direitos individuais em face do Estado:

No modelo de contrato social que formulou, os indivíduos não alienavam todos os seus direitos, como em Hobbes e Rousseau. Eles retinham direitos naturais, inatos e inalienáveis, que os governantes tinham de respeitar, e cuja infringência justificava até mesmo o exercício do direito de resistência. Dentre tais direitos, o mais essencial, segundo Locke, era a propriedade, cuja proteção representava a mais importante função estatal.¹¹

Os ideais iluministas embasaram a Revolução Francesa - com seu lema “liberdade, igualdade e fraternidade”- e o movimento de independência das 13 Colônias norte-americanas. Neste período vigorou o positivismo jurídico:

A fórmula utilizada para a racionalização e legitimação do poder pelo Iluminismo era a Constituição, lei escrita e superior às demais normas, que deveria estabelecer a separação dos poderes para controlá-los – le pouvoir arrête le pouvoir, como afirmou Montesquieu – e garantir os direitos do cidadão, oponíveis em face do Estado. O papel que então se atribuía à Constituição estava bem delineado no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, segundo a qual “toda a sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição.”¹²

Entretanto, o positivismo jurídico, que previa a igualdade formal, não foi suficiente para torná-la eficaz, pois amparados num ordenamento jurídico positivado,

¹¹ Ibid., p. 22.

¹² Ibid., p.24.

os detentores do poder discriminavam, escravizavam e matavam inocentes nos campos de concentração... Os horrores da escravidão e das guerras foram tantos, que a humanidade despertou para a necessidade de se voltar para sua essência, clamando pela proteção da dignidade da pessoa humana.¹³

É a verdadeira “revolução copernicana” no mundo jurídico, assim denominada pelo Constitucionalista Português Jorge Miranda, no sentido de que:

com a positivação recente dos direitos fundamentais, e as teorizações sobre eles realizadas no constitucionalismo contemporâneo,

13 A concepção dos direitos humanos foi se transformando conforme a evolução histórica da humanidade, sendo os mesmos classificados, sob o ponto de vista cronológico, em:

1. Direitos fundamentais da primeira geração: são os direitos individuais, que têm por maior expressão os direitos da liberdade – direitos civis e políticos – concebidos como direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

2. Direitos fundamentais da segunda geração: são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.¹³

Exigem do Estado uma ação positiva para dar concretude ao princípio da igualdade, uma vez que só a igualdade formal (perante a lei) não basta para suprimir o constante desequilíbrio entre as partes de uma relação jurídica.

Inicialmente, tiveram eficácia duvidosa, em face de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. Foram remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade.

Atualmente, os direitos fundamentais de segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira. Com efeito, até então, em quase todos os sistemas jurídicos, prevalecia a noção de que apenas os direitos da liberdade eram de aplicabilidade imediata, ao passo que os direitos sociais tinham aplicabilidade mediata, por via do legislador.

3. Direitos fundamentais da terceira geração: são os direitos relativos à fraternidade, assim identificados por Vasak¹³: direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Etiene-R. Mbaya, formulador do chamado “direito ao desenvolvimento” utiliza a expressão “solidariedade” para caracterizar os direitos da terceira geração. “O direito ao desenvolvimento diz respeito tanto a Estados como a indivíduos, segundo assevera o próprio Mbaya, o qual acrescenta que relativamente a indivíduos ele se traduz numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada.”¹³

4. Paulo Bonavides classifica como Direitos fundamentais da quarta geração: *O direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.*¹³

Interessante notar que o lema da Revolução Francesa do século XVIII profetizou a evolução histórica dos direitos fundamentais: liberdade (1ª geração), igualdade (2ª geração) e fraternidade (3ª geração). Paulo Bonavides¹³ atenta para o equívoco da expressão “gerações”, sendo mais apropriado substituí-la por “dimensões” dos direitos fundamentais, uma vez que a superveniência de uma “geração” depois da outra não substitui os direitos da “geração” anterior, pelo contrário, os mesmos se acumulam.

*sobretudo de influência alemã, o centro do universo jurídico deixa de ser a lei (entendida, principalmente, como a produção normativa infraconstitucional), posição que passa a ser ocupada pelos próprios direitos fundamentais. Com isso, coloca-se como centro e fundamento do ordenamento jurídico, enquanto direito positivo, a dignidade da pessoa humana, matriz de todos os direitos fundamentais.*¹⁴

A Nova Hermenêutica Jurídica marca a ruptura do apego ao positivismo jurídico, eis que tem como base os valores e princípios centrados na dignidade da pessoa humana.

*O direito do estado de direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras dos códigos; o direito do estado constitucional democrático e de direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios. [...] o tomar a sério os princípios implica uma mudança profunda na metódica de concretização do direito e, por conseguinte, na actividade jurisdicional dos juízes.*¹⁵

Paulo Bonavides ressalta, porém, que de nada adiantam as teorias sobre direitos fundamentais se os Estados não se aparelharem de meios e órgãos para a proteção dos mesmos e, sobretudo, produzir uma consciência nacional de que tais direitos são invioláveis.

O Estado Liberal, ao conceber os direitos fundamentais como direito de defesa do indivíduo frente ao Estado, para que este observasse os direitos e garantias individuais, não intervindo na vida privada do indivíduo, traçou um marco divisório entre o público e o privado.

Atualmente, os direitos fundamentais são opostos não somente em face do Estado, mas também frente a particulares, uma vez que também estes devem respeitar os direitos fundamentais, mormente a dignidade da pessoa humana. Assim, toda relação humana, quer seja entre particular e ente público ou entre particulares, deve se pautar em valores éticos, respeitando os direitos inerentes ao homem, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a dignidade etc.

14 GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 82.

15 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A "principalização" da jurisprudência através da Constituição, in *Revista de processo*, São Paulo, 2000, v. 98, p. 84, apud MEDINA, José Miguel Garcia, *Execução civil: princípios fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 34.

4. DA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À IGUALDADE

Conforme exposto, os direitos humanos tiveram sua origem como direito de resistência do indivíduo frente ao Estado, impondo-se a este um não fazer, ou seja, não interferir nas relações privadas, sendo estas regidas pelo princípio da igualdade formal. Entretanto, a igualdade perante a lei não assegurava igualdade fática entre os detentores de poder econômico e a pessoa comum, sem acesso à Justiça, sem conhecimento sobre seus direitos, com poucas alternativas de escolha em vários aspectos de sua vida, havendo a necessidade de se exigir do Estado também uma ação positiva para a consecução da Justiça Social.

O conceito de inconstitucionalidade material está relacionado aos princípios superiores de justiça, igualdade e dignidade da pessoa humana. A pior das inconstitucionalidades não é a formal, mas sim a material. *“Não há constitucionalismo sem direitos fundamentais. Tampouco há direitos fundamentais sem a constitucionalidade da ordem material cujo norte leva ao princípio da igualdade, pedestal de todos os valores sociais de justiça.”*¹⁶

Tornou-se necessário repensar o valor da igualdade, a fim de que as especificidades e as diferenças sejam observadas e respeitadas. Assim, ao lado do sistema geral de proteção, a exemplo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França, do Bill of Rights (integrada pela Declaração Universal de 1948 e pelos Pactos da ONU de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966), em que o endereçado é toda e qualquer pessoa, genericamente concebida, organiza-se o sistema especial de proteção, que adota como sujeito de direito o indivíduo historicamente situado, ou seja, o sujeito de direito “concreto”, na peculiaridade e particularidade de sua relações sociais. Os sistemas normativos internacional e nacional passam a reconhecer direitos endereçados às crianças, aos idosos, às mulheres, às pessoas vítimas de tortura, às pessoas vítimas de discriminação racial, dentre outros.¹⁷

Dentre os instrumentos internacionais que buscam responder a determinada violação de direito, temos a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção Internacional contra a Tortura, a Convenção sobre os Direitos da Criança.

No Brasil, o processo de especificação do sujeito de direito ocorreu de forma fundamental com a Constituição Brasileira de 1988, com os capítulos específicos dedicados à criança, ao adolescente, ao idoso, aos índios, bem como dispositivos constitucionais específicos voltados às mulheres, à população negra, às pessoas portadoras de deficiência, etc.

16 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 601.

17 PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 194-195.

Flávia Piovesan ensina que, na ótica contemporânea, a concretização do direito da igualdade, com o conseqüente respeito à diferença e à diversidade, implica a implementação de duas metas: o combate à discriminação e a promoção da igualdade.

4.1. Combate à discriminação

Ao se referir às Convenções da ONU sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, Flávia Piovesan conceitua a discriminação como:

... toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo a discriminação significa sempre desigualdade.¹⁸

O combate à discriminação é uma forma de garantir a todos o pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais, econômicos e culturais.

A discriminação ocorre quando somos tratados de forma igual quando somos diferentes e de forma diferente quando somos iguais.

O combate à discriminação encontra-se positivado no ordenamento jurídico brasileiro através do art. 5º, inc. XLI e XLII da Constituição Brasileira ao prever que “lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, e que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. A Lei 7.716, de 05.01.89 definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor, sendo a mesma alterada pela lei 9.459/97 para ampliar seu objeto, incluindo no tipo penal a discriminação ou preconceito de etnia, religião ou procedência nacional.

No combate à discriminação das mulheres, há a Lei 9.029, de 13.04.95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, bem como a Lei 10.224, de 15 de maio de 2001, que dispõe sobre o crime de assédio sexual.

¹⁸ Ibid., p. 197.

4.2. Promoção da Igualdade

Para garantir e assegurar a igualdade, não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão desses grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais.

A discriminação e a intolerância à diferença e diversidade gera exclusão social. Simplesmente combater a discriminação, não contribui para a promoção da igualdade, que é uma forma de inclusão social de grupos que sofreram e sofrem discriminação.

As ações afirmativas surgem como instrumento de inclusão social, buscando remediar um passado discriminatório, objetivando acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade material por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, as mulheres, os deficientes físicos, dentre outros.¹⁹

As ações afirmativas cumprem a finalidade pública de assegurar a diversidade e a pluralidade social.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial prevê “discriminação positiva” através da adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, para promover sua ascensão na sociedade, até um nível de equiparação com os demais. Da mesma forma, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher também permite a “discriminação positiva”, visando a acelerar o processo de equiparação de *status* entre homens e mulheres. Tratam-se, portanto, de medidas compensatórias para remediar as desvantagens históricas, aliviando o passado discriminatório sofrido por esse grupo social.

A busca da igualdade material é expressada na Constituição Brasileira, em seu art. 7º, XX, referente à proteção do mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos, e art. 37, VII, que determina a reserva, por lei, de percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência.

A nível infraconstitucional, podemos citar como leis brasileiras que buscam a promoção da igualdade jurídica material: a “Lei das cotas” (Lei n. 9.100, de 1995), que determina a reserva de 20% dos cargos para as candidaturas das eleições municipais às mulheres; a Lei 9.504, de 30.09.1997, que estabelece que cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo, e a Lei 9.799, de 26.05.99, que insere na CLT regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho.

5. AÇÕES AFIRMATIVAS

Para Joaquim B. Barbosa Gomes, a introdução das políticas de ação afirmativa representou a mudança de postura do Estado, outrora neutro, que aplicava suas po-

¹⁹ Ibid., p. 199.

líticas governamentais indistintamente, ignorando a importância de fatores como sexo, raça e cor. Nessa nova postura, o Estado encoraja entes públicos e privados a levarem em contas tais diversidades, com a finalidade de concretizar, na medida do possível, a representação de cada grupo na sociedade ou no respectivo mercado de trabalho tanto nas escolas quanto nas empresas.²⁰ O mesmo autor define as ações afirmativas, atualmente, como:

*... um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.*²¹

Carmem Lúcia Antunes Rocha destaca que a igualdade jurídica não pode ser pensada apenas em relação ao momento em que se tomam as pessoas postas em dada situação submetida ao Direito, devendo-se considerar toda a dinâmica histórica da sociedade.

*Há que se ampliar o foco da vida política em sua dinâmica, cobrindo espaço histórico que se reflita ainda no presente, provocando agora desigualdades nascentes de preconceitos passados, e não de todo extintos. A discriminação de ontem pode ainda tingir a pele que se vê de cor diversa da que predomina entre os que detêm direitos e poderes hoje.*²²

Segundo Renata Malta Vilas-Bôas:

*Ações afirmativas são medidas temporárias e especiais, tomadas ou determinadas pelo Estado, de forma compulsória ou espontânea, como propósito específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade. Estas medidas têm como principais 'beneficiários os membros dos grupos que enfrentaram preconceitos'.*²³

20 GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.38-39.

21 Ibid., p. 40.

22 ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. "Ação Afirmativa – o Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica", in Revista Trimestral de Direito Público n. 15/85, apud GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. cit. p. 42-44.

23 VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América jurídica, 2003, p. 29.

Barbosa Gomes aponta como objetivos da ação afirmativa: coibir a discriminação do presente; eliminar os efeitos persistentes da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar; implantar e uma certa “diversidade” e uma maior “representatividade dos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública e privada, em harmonia com o caráter plúrimo da sociedade; eliminar as “barreiras artificiais e invisíveis” que emperram o avanço de negros e mulheres, independentemente da existência ou não de política oficial tendente a subalternizá-los, e, por fim, as ações afirmativas cumpririam o objetivo de criar as chamadas personalidades emblemáticas, ou seja, exemplos vivos de mobilidade social ascendente: mecanismos de incentivo à educação e ao aprimoramento de jovens integrantes de grupos minoritários.²⁴

Nesse contexto, a ação afirmativa seria instrumento de aplicação de um dos três princípios éticos (individualidade, responsabilidade e solidariedade), qual seja, a solidariedade vertical, em relação aos antepassados e em relação ao futuro.

Sob o ponto de vista ético, solidariedade é toda experiência consciente e o comportamento decorrente desta gera uma unidade em uma diversidade. Só se tem solidariedade a partir de uma base comum quando também está presente a diversidade. Se não houver diversidade, há “egoísmo de um grupo” (ex. união para determinado objetivo). Tem que ser uma experiência consciente, criando-se uma mentalidade. Não há solidariedade se não houver mudança de mentalidade. A solidariedade reconhece o outro na sua individualidade. A simples comoção não gera solidariedade. Só há solidariedade quando houver atos concretos (ação).

Não é preciso simpatizar-se com alguém para ser solidário ao mesmo. Acaba a necessidade e findo o gesto concreto de solidariedade, termina a solidariedade. O amor, pelo contrário, é uma luta de permanência. No relacionamento afetivo, não há solidariedade, pois não há diversidade. A solidariedade exige reciprocidade, o amor não; a solidariedade busca a unidade numa diversidade; a solidariedade não é permanente, mas sim temporária.

A solidariedade vertical é tratada por parte da doutrina como questão de reciprocidade. Esta deve ser compreendida num sentido amplo, tal como a consciência de que o que se usufrui hoje da sociedade é algo construído pelos antepassados. Há solidariedade em relação aos antepassados quando se preservam monumentos históricos, quando se preserva a história. Há solidariedade quando se reconhece as vítimas da história. Nem sempre os vencedores da história possuem dignidade.

Assim, podemos classificar a ação afirmativa como um ato de solidariedade vertical, ao se reconhecerem os grupos excluídos no passado (a exemplo dos negros e das mulheres) e os compensar no presente (através de políticas de inserção no mercado de trabalho, de acesso à educação etc), buscando a igualdade social (uni-

²⁴ Ibid., p. 49.

dade) – respeitando-se as diversidades, proporcionando aos integrantes de tais grupos sua inclusão social.

6. DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE A PARTICULARES E A AUTONOMIA DA VONTADE

Nas judiciosas lições de Daniel Sarmento,

*o princípio da dignidade da pessoa humana exprime, em termos jurídicos, a máxima Kantiana, segunda (sic) a qual **o Homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio**. O ser humano precede o Direito e o Estado, que apenas se justificam em razão dele. (g.n.)*²⁵

A Constituição, portanto, tem a finalidade de tutelar a pessoa humana, devendo o princípio da dignidade da pessoa humana ser aplicado em sua plenitude, inclusive nas relações privadas, uma vez que

*a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna imperativo incontornável.*²⁶

6.1. Teorias da eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada

O Estado Liberal, ao conceber os direitos fundamentais como direito de defesa do indivíduo frente ao Estado, para que este observasse os direitos e garantias individuais, não intervindo na vida privada do indivíduo, traçou um marco divisório entre o público e o privado.

Atualmente, os direitos fundamentais são opostos não somente em face do Estado, mas também frente a particulares, uma vez que também estes devem respeitar os direitos fundamentais, mormente a dignidade da pessoa humana. Assim, toda relação humana, quer seja entre particular e ente público ou entre particulares, deve se pautar em valores éticos, respeitando os direitos inerentes ao homem, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a dignidade etc.

25 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p.59.

26 SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193-194.

Defendendo a tese de que o homem deve ser livre não somente perante o Poder Público, mas também perante toda a sociedade, Norberto Bobbio assim dispôs:

*No importa tanto que el individuo sea libre ‘respecto del Estado’ si después no es libre ‘en la sociedad’. No importa que el Estado sea liberal si después la sociedad subyacente es despótica. No importa que el individuo sea libre políticamente se no lo es socialmente (...). Y, entonces, para llegar al corazon del problema de la libertad, es necesario dar un paso atrás: del Estado a la sociedad civil.*²⁷

Atualmente, nesta sociedade tão complexa, não basta a observância dos Direitos Humanos tão-somente nas relações públicas, ou seja, em que o Estado seja parte (segundo a concepção antiga do direito de resistência do indivíduo frente ao Estado), sendo imprescindível o respeito aos direitos humanos em toda e qualquer relação, pública ou privada. Daí, se falar em horizontalização dos direitos humanos, ou seja, a observância destes nas relações entre particulares:

*Fala-se em eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para sublinhar o fato de que tais direitos não regulam apenas as relações verticais de poder que se estabelecem entre Estado e cidadão, mas incidem também sobre relações mantidas entre pessoas e entidades não estatais, que se encontram em posição de igualdade formal.*²⁸

Dentre as teorias a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, vamos examinar: 1) a da negação da aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, relativizada com a teoria “State Action” e a “*public function theory*”; 2) a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais na esfera privada, e 3) a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada.

6.1.1. A tese da não-vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e a doutrina da “State Action”

Segundo a doutrina liberal clássica, os direitos fundamentais somente eram aplicados em face do poder público, sob a concepção de limite ao exercício do poder estatal, não se destinando a reger relações entre particulares.

27 BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993, p. 143.

28 SARMENTO, Daniel, “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”.

A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, op. cit, p. 5.

Até hoje, a teoria da “State Action”, ou seja, de que os direitos fundamentais somente podem ser opostos em face do poder público, é aplicada pela doutrina e jurisprudência norte-americana, canadense e suíça, sob o fundamento de que o Direito Constitucional (que alberga os direitos fundamentais) não pode destituir a identidade do direito privado; este, sim, regulador das relações privadas, onde prevalece o princípio da autonomia individual.

Curiosamente, as ações afirmativas tiveram origem num Estado que nega a oposição dos direitos fundamentais a particulares. A negação da horizontalização dos direitos fundamentais se dá sob o fundamento de que os direitos fundamentais, previstos na Constituição Norte-americana, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares com exceção apenas da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão.

Também são invocados outros argumentos teóricos para a doutrina da não oposição dos direitos fundamentais aos particulares, tais como a autonomia privada e o pacto federativo. Em relação a este, ressalta-se que, nos Estados Unidos, compete aos Estados, e não à União, legislar sobre Direito Privado, a não ser quando a matéria normatizada envolva o comércio interestadual ou internacional. Afirma-se, pois, que a “State Action” preserva o espaço de autonomia dos Estados, impedindo que as cortes federais, a pretexto de aplicarem a Constituição, intervenham na disciplina das relações privadas.²⁹

A doutrina da “State Action”, ou seja, da oposição dos direitos fundamentais somente perante o Poder Público, sofreu algumas atenuações a partir da década de 40, passando a Suprema Corte a adotar a chamada *public function theory*, “segundo a qual quando particulares agirem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal, estarão também sujeitos às limitações constitucionais”.³⁰ Esta teoria permitiu a oposição de direitos fundamentais em face de empresas privadas concessionárias de serviços públicos, tendo a Suprema Corte americana também a aplicado para vincular partidos políticos ao princípio da igualdade, diante da recusa de alguns comitês dos estados do sul dos EUA em admitir a filiação ou a participação de pessoas negras em suas eleições primárias, bem como para reconhecer a ilicitude da negativa de acesso aos negros a um parque privado, mas aberto ao público; tendo reconhecido também a ilicitude da proibição de pregação por parte de testemunhas de Jeová nas terras de uma empresa, constituída por ruas, residências, estabelecimentos comerciais, enfim, uma verdadeira “cidade privada”, equiparando-se, portanto, ao Estado.³¹

A doutrina da “State Action” vem sofrendo várias críticas. A propósito, o comentário de d. Kairys:

29 Ibid., p.228.

30 Ibid., p. 201.

31 Ibid., p.201-202.

*na esfera pública (...) conceitos básicos de liberdade, democracia e igualdade são aplicáveis. No entanto, na esfera privada, que inclui quase toda a atividade econômica, nós não permitimos nenhuma democracia ou igualdade, apenas a liberdade para comprar e vender*³²

Prevalece a regra da soberania do Mercado.

Erwin Chemerinsky propõe que a teoria da “State Action” deveria ser substituída por um modelo de ponderação, no qual os tribunais avaliariam, diante de cada caso, o que seria mais importante proteger: a liberdade individual do ator privado ou os direitos da suposta vítima do seu comportamento. No mesmo sentido, John E. Nowak e Ronald D. Rotunda, segundo os quais a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas deveriam não ser equacionada pela busca de um coeficiente mínimo de ação estatal envolvido no caso em discussão, mas sim por meio de uma ponderação de interesses – *balancing test*, ponderando-se, de um lado, a liberdade daquele particular para agir da forma contestada e, do outro, o direito do terceiro supostamente lesado.³³

A jurisprudência americana “admite atualmente a competência da União para legislar sobre direitos humanos mesmo quando nenhum ator estatal esteja envolvido, o que ocorreu com a promulgação de diversos diplomas na década de 60, na fase áurea do movimento em prol dos direitos civis nos EUA, dentre os quais destaca-se o Civil Rights Act de 1964.”³⁴

Entretanto, a jurisprudência americana oscila na aplicação da *public function theory*, a exemplo do caso *Columbia Broadcasting System v. Democratic National Committee*, no qual

*o fato de as redes de rádio e televisão nos EUA sujeitarem-se ao licenciamento e à regulamentação do governo federal não bastava para vinculá-las aos direitos constitucionais, e, baseada neste entendimento, rechaçou a alegação de que a CBS estaria violando liberdades constitucionais, ao se recusar a admitir propaganda paga de grupos pacifistas contra a Guerra do Vietnam.*³⁵

Outro caso em que houve retrocesso no sentido de dar caráter privado a certas atividades outrora consideradas públicas é o *Rendell-Baker v. Kohn* (457 US 830 – 1982), “em que a Corte julgou não ser dever do Estado coibir discriminação em

32 KAIRYS, D. The politics of law. New York: Pantheon Books, 1982, p. 151. apud SARMENTO, Daniel, op. cit. p. 206.

33 SARMENTO, Daniel, op. cit. p. 208-209.

34 Ibid., p. 229.

35 Ibid., p. 233.

uma escola privada, mesmo quando essa escola opera sob contrato governamental para cumprir certas obrigações no que concerne à educação especial de parcela de seus estudantes.”³⁶

Joaquim B. Barbosa Gomes conclui que a doutrina da “ação governamental” – como denomina a “State Action”, tem hoje a sua síntese explicativa na seguinte parte do julgamento proferido pela Suprema Corte no caso *Lugar v. Edmondson Oil Co* (457 US 922 – 1982):

*Nossos precedentes têm insistido em que a conduta supostamente causadora da privação de um direito constitucional (federal) seja razoavelmente atribuível ao Estado. Esses precedentes traduzem uma abordagem bipolar do problema da ‘atribuição razoável’. Em primeiro lugar, a privação tem que decorrer do exercício de algum direito ou prerrogativa criada pelo Estado ou por uma pessoa pela qual o Estado seja responsável. (...) Em segundo lugar, a pessoa acusada de causar a privação há de ser alguém de quem razoavelmente se possa dizer que se trata de um ‘ator estatal’. Isto por ser ele uma autoridade do Estado, por ter atuado juntamente com uma autoridade estatal ou por Ter obtido significativa ajuda de agentes estatais, ou porque a sua conduta é de alguma forma atribuível ao Estado.*³⁷

Barbosa Gomes ensina que, para complementar a doutrina da “ação governamental”, é preciso conjugá-la com os dispositivos do Estatuto dos Direitos Civis de 1964, sendo que o empecilho dessa doutrina (da “Ação Governamental”) à oposição dos direitos fundamentais frente a particulares tem sido contornado graças a soluções emanadas do Judiciário e do Congresso, que vêm outorgando aos órgãos competentes os poderes necessários ao combate à discriminação praticada na esfera privada.

*Dentre os diversos instrumentos de atuação nessa área destaca-se a utilização pelo Congresso da chamada Cláusula de Comércio, do seu poder de regulamentar e implementar os dispositivos da Constituição (‘Enforcement Power’) e do poder de tributar e de dispor sobre o dispêndio de recursos públicos (‘Taxing and Spending Power’).*³⁸

36 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.88.

37 Ibid., p.88-89.

38 Ibid., p. 89-90.

6.1.2. Teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas

Essa teoria, desenvolvida na doutrina alemã, por Günter Dürig, em 1956, consiste em dar aos direitos fundamentais uma dimensão objetiva, ou seja, os direitos fundamentais exprimem uma ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento, inclusive sobre o Direito Privado, cujas normas têm de ser interpretadas ao seu lume.

Juan María Bilbao Ubillos critica, com propriedade, a teoria da aplicação mediata e indireta dos direitos fundamentais – que condiciona a aplicação dos direitos fundamentais à intermediação pelo legislador ordinário:

A nuestro juicio, um derecho cuyo reconocimiento depende del legislador; no es um derecho fundamental. Es um derecho de rango legal, simplemente. El derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador. No parece compatible con esta caracterización la afirmación de que los derechos fundamentales sólo operan (entre particulares) cuando el legislador así lo decide.³⁹

6.1.3. Teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas

Discorrendo sobre a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada, Daniel Sarmento⁴⁰ ensina que a mesma foi primeiramente defendida por Hans Carl Nipperdey, a partir do início da década de 50, na Alemanha. Sua teoria consistia em que alguns direitos fundamentais, pela sua natureza, poderiam ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, sob o fundamento que as ameaças aos direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral. Seguindo a doutrina de Nipperdey, Walter Leisner defendeu a idéia de que, pela unidade da ordem jurídica, não seria admissível conceber o Direito Privado como um gueto, à margem da Constituição e dos direitos fundamentais.

39 BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.443.

40 Sarmento, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Op. cit., p. 220.

6.2 Tendências atuais

José Joaquim Gomes Canotilho aponta a superação da dicotomia eficácia mediata/eficácia imediata a favor de *soluções diferenciadas*

Reconhece-se, desde logo, que a problemática da chamada «eficácia horizontal» se insere no âmbito da função de protecção dos direitos fundamentais, ou seja, as normas consagradoras dos direitos, liberdades e garantias e direitos análogos constituem ou transportam princípios de ordenação objectiva – em especial, deveres de garantia e de protecção do Estado – que são também eficazes na ordem jurídica privada (K. Hesse). Esta eficácia, para ser compreendida com rigor, deve ter em consideração a multifuncionalidade ou pluralidade de funções dos direitos fundamentais, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante o «referente» de direito fundamental que estiver em causa no caso concreto. (...) ...a procura de soluções diferenciadas deve tomar em consideração a especificidade do direito privado, por um lado, e o significado dos direitos fundamentais na ordem jurídica global por outro.⁴¹

CANOTILHO explica que as *soluções diferenciadas* a encontrar não podem, hoje, desprezar o valor dos direitos, liberdades e garantias como elementos de eficácia conformadora imediata do direito privado, não podendo, de modo algum, acobertar “uma «dupla ética no seio da sociedade» (J. Rivero).” Cita, como exemplo da «dupla ética», a consideração como violação da integridade física e moral a exigência de testes de gravidez às mulheres que procuram emprego na função pública e, ao mesmo tempo, a tolerância e aceitação dos mesmos testes quando o pedido de emprego é feito a entidades privadas, em nome da “produtividade das empresas” e da “autonomia contratual e empresarial”.⁴²

Ressalta-se que a aplicação de direitos fundamentais frente ao Estado deve ser distinguida da aplicação de direitos fundamentais entre particulares, uma vez que nesta relação jurídica ambos os pólos são titulares de direitos fundamentais, sendo que a “medida” da incidência dos direitos fundamentais em cada caso, nas palavras de Robert Alexy⁴³, “um problema de colisão”.

41 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, 7ª ed., p. 1289.

42 Ibid., p. 1294.

43 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 511.

Conforme José Carlos Vieira de Andrade, há colisão ou conflito sempre que a Constituição proteger, simultaneamente, dois valores ou bens em contradição concreta. Como solução para a colisão de direitos, Luís Roberto Barroso explica a técnica da ponderação de bens:

A doutrina mais tradicional divulga como mecanismo adequado à solução de tensões entre normas a chamada ponderação de bens ou valores. Trata-se de uma linha de raciocínio que procura identificar o bem jurídico tutelado por cada uma delas, associá-lo a um determinado valor; isto é, ao princípio constitucional ao qual se reconduz, para, então, traçar o âmbito de incidência de cada norma, sempre tendo como referência máxima as decisões fundamentais do constituinte. A doutrina tem rejeitado, todavia, a prederterminação rígida da ascendência de determinados valores e bens jurídicos, como a que resultaria, por exemplo, da absolutização da proposição in dubio pro libertate. Se é certo, por exemplo, que a liberdade deve, de regra, prevalecer sobre meras conveniências do Estado, poderá ela ter de ceder, em determinadas circunstâncias, diante da necessidade de segurança e de proteção da coletividade.⁴⁴

O método de balanceamento, assim como toda interpretação jurídica, deve ser analisado de acordo com o caso concreto (direitos em conflito), pois o bem que prevalecer num determinado caso pode ser relegado para segundo plano diante das circunstâncias de outro caso. Nos dizeres de Canotilho, “é indispensável a justificação e motivação da regra de prevalência parcial assente na ponderação, devendo ter-se em conta sobretudo os princípios constitucionais da igualdade, da justiça, da segurança jurídica.” ... “O apelo à metódica de ponderação é, afinal, uma exigência de solução justa de conflitos entre princípios.”⁴⁵

O método da ponderação de bens ou valores deve ser aplicado em conjunto com os princípios da unidade da Constituição e os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Estes últimos devem orientar o juízo de ponderação na distribuição dos custos do conflito, no sentido de que o sacrifício imposto a uma das partes seja razoável e não seja proporcionalmente mais intenso do que no benefício auferido pela outra parte.

Luís Roberto Barroso ressalta que as normas jurídicas, em geral, e especificamente as normas constitucionais, não trazem em si um sentido único, obje-

44 BARROSO, Luís Roberto. – *Interpretação e aplicação da constituição*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 192.

45 CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op.cit., p. 1113.

tivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem, cabendo ao intérprete um papel criativo na sua concretização.”⁴⁶

Lenio Luiz Streck⁴⁷ preconiza a Constituição dotada de uma “força normativa, dirigente, programática e compromissária”, sendo que o processo de interpretação dos textos normativos do sistema depende do sentido que temos da Constituição:

Desse modo, fazer jurisdição constitucional não significa restringir o processo hermenêutico ao exame da parametricidade formal de textos infraconstitucionais com a Constituição. Trata-se, sim, de compreender a jurisdição constitucional como processo de vivificação da Constituição na sua materialidade, a partir desse novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito.

...

Entendo, assim, que a justiça constitucional deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absenteísta própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira. A toda evidência, quando estou falando de uma função intervencionista do Poder Judiciário, não estou propondo uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais (e nem a morte da política).

...

Quando falo em “intervencionismo substancialista”, refiro-me ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988, donde é possível afirmar que, na inércia dos poderes encarregados precipuamente de implementar as políticas públicas, é obrigação constitucional do Judiciário, através da jurisdição constitucional, propiciar as condições necessárias para a concretização dos direitos sociais-fundamentais⁴⁸.

A mais alta corte brasileira também tem aplicado, de forma direta, os direitos fundamentais para dirimir conflitos de caráter privado, inclusive nas relações trabalhistas:

46 Barroso, Luís Roberto & Ana Paulo de Barcellos. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.” *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 331-332.

47 Constitucionalizando Direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988/ Fernando Facury Scaff (org.). – Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Lenio Luiz Streck. “Análise Crítica da Jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais. P. 142.

48 Ibid., p. 155/158.

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F. 1967, art. 153, p. 1o.; CF, 1988, art. 5o., caput.

I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: (C.F. 1967, art. 153, p. 1º., CF 1988, art. 5º, caput)

II – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg) – PR, Célio Borja, RTJ 119/465. (RE n. 161.243-6/DF, 1996, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Mário Velloso).

7. AÇÕES AFIRMATIVAS FRENTE A PARTICULARES

Ao indagar se as regras anti-discriminação aplicam-se somente às entidades públicas ou também atingem atos discriminatórios resultantes de atos e práticas de cunho privado, Barbosa Gomes esclarece que o Congresso e a Corte Suprema dos EUA responderam afirmativamente, indo além, uma vez que admitiram como legítimo o combate não apenas àquele tipo de discriminação manifesta, intencional, mas igualmente à chamada discriminação de resultados, também denominada discriminação por *'disparate impact'*, que insere o princípio da proporcionalidade no campo dos direitos civis.⁴⁹

A Constituição brasileira de 1988 erigiu os direitos fundamentais à sua máxima importância, tanto é que os posicionou em primeiro plano, antes de dispor sobre a organização do Estado, além de lhes atribuir a condição de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV). Estabeleceu, ainda, em seu artigo 5º, §§ 1º e 2º a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, bem como o reconhecimento de outros direitos e garantias que não estejam nela expressos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela mesma ou por tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

No Brasil, portanto, é aceita a oposição dos direitos fundamentais frente a particulares, a exemplo da política da afirmação para assegurar a inserção de deficientes físicos no mercado de trabalho privado (Lei n. 7.853, de 24.10.89 e o Decreto n.

49 GOMES, Joaquim B. Barbosa, op. cit., p. 51.

3.298, de 20.12.99, que a regulamenta, determinando, em seu art. 36, que as empresas com cem ou mais empregados preencha de 2 a 5% de seus cargos com beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoa portadora de deficiência habilitada, nas proporções que apresenta em seus incisos).

Ressalta-se que, havendo conflito de direitos fundamentais, o mesmo deve ser solucionado à luz da Nova Hermenêutica Jurídica Constitucional, que busca a concretização dos princípios inseridos na Constituição, verificando-se as peculiaridades do caso concreto, utilizando-se do postulado da proporcionalidade.

8. CONCLUSÃO

Na evolução da história da humanidade, busca-se a concretização do princípio jurídico da igualdade, sendo que, no Estado Democrático de Direito, a humanidade reconhece as discriminações perpetradas em relação a determinados grupos, a exemplo dos negros e das mulheres que não eram considerados cidadãos.

A implementação material do princípio da igualdade se dá não somente através do combate à discriminação, mas também através da promoção da igualdade, possibilitada através de políticas de ações positivas.

As ações afirmativas surgem como políticas temporárias de agilização da promoção do princípio da igualdade onde há diversidade, com a finalidade de compensar as discriminações que certos grupos sofreram no passado, cujos reflexos perpetuam-se até hoje.

As ações afirmativas, como meios de promoção da igualdade jurídica material, podem ser opostas frente a entes públicos e também frente a particulares, sendo que havendo conflito de direitos fundamentais, o caso deve ser analisado de acordo com a Nova Hermenêutica Jurídica Constitucional.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. “Ação Afirmativa – o Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica”, in Revista Trimestral de Direito Público n. 15/85, apud GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. cit.

BARROSO, Luís Roberto. – *Interpretação e aplicação da constituição*, São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto & Ana Paulo de Barcellos. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.” *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “*principalização*” da jurisprudência através da Constituição, in Revista de processo, São Paulo, 2000, v. 98, p. 84, apud MEDINA, José Miguel Garcia, *Execução civil: princípios fundamentais*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, 7ª ed., p1289.

COMPARATO, Fábio Konder in prefácio à 3ª ed. “Quem é o Povo?”, MÜLLER, Friedrich, São Paulo: ed. Max Limonad, 2003. Trad. Peter Naumann.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2003.

HESSE, Konrad, “Grundrechte”, in *Staatslexikon*, v.2., apud Paulo Bonavides, ob. cit.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* São Paulo: ed. Max Limonad, 2003. Trad. Peter Naumann.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2002.

_____ “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil”. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, vol III.

STRECK, Lenio Luiz. “Análise Crítica da Jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais.” *Constitucionalizando Direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988*. Fernando Facury Scaff (org.). — Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: América jurídica, 2003, p. 29.